

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TAREA: CUESTIONES Y TRAYECTORIAS DE INVESTIGACIÓN

Legal Philosophy as a Task: Research Questions and Trajectories

Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla (España)

SUMARIO

1. Premisas metódicas. 2. Presupuestos teóricos. 3. Axiología jurídica y derecho natural. 4. Experiencia jurídica, tetradimensionalismo y raciovitalismo. 5. Historia y sistema. 6. El paradigma generacional de los derechos humanos y del Estado de derecho. 7. Metamorfosis de los sistemas y fuentes del derecho y seguridad jurídica. 8. El derecho ante las nuevas tecnologías y la sociedad global. 9. Pluralismo temático y unidad de propósito. 10. Bibliografía.

1. PREMISAS METÓDICAS

Al iniciar este ensayo estimo ineludible plantear algunas observaciones y cautelas metodológicas, referentes a este intento de ofrecer una autoexposición panorámica de mi trayectoria intelectual.

Por tratarse de una referencia a doctrinas del presente, deben asumirse como algo vivo, como una actividad *in fieri*, que se está haciendo, en abierta tensión con la realidad, sin que por tanto puedan revestir la forma de concepciones teóricas acabadas y definitivas. La reflexión sobre la labor llevada a cabo en un periodo de más de cuatro décadas de tarea intelectual, puede parecer un ensayo de balance de la experiencia científica que han supuesto los más de trescientos estudios publicados a lo largo de mi trayectoria investigadora. De ellos, aludiré en estas páginas a aquellos que, en mi opinión, mantienen mayor interés. En todo caso, esa operación de balance y cierre de cuentas respecto a una determinada etapa, en el ámbito intelectual, nunca puede ser considerada como algo concluyente, sino más bien como un alto en ese caminar científico que, por decirlo con palabras de Karl Popper, es siempre una “búsqueda sin término”.

A quien asume como objeto de análisis teórico la exposición de su propia obra, le faltan la seguridad y objetividad que proporciona operar con categorías doctrinales ajenas, sobre las que es posible mantener un distanciamiento crítico. Como contrapartida, el expositor de su propia obra parte de una experiencia directa susceptible de un palpito inmediato de las circunstancias de las que es, a la vez, actor y cronista. Realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, en la acepción hegeliana. Al autoenjuiciar el sentido y alcance de la concepción iusfilosófica

sustentada a lo largo de estas décadas y de los trabajos en los que la misma se ha explicitado, no puedo sustraerme al vértigo y a esa sensación abrumadora que produce el enfrentamiento de algo que me concierne tan de cerca. Porque, en definitiva, en esta empresa: *de nobis fabula narratur*.

2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

Los presupuestos doctrinales de esa tarea, como los de cualquier empresa filosófica, se han traducido en una triple reflexión sobre el ser, el conocer y el deber ser de la realidad, en este caso, de la realidad jurídica.

a) En el plano de la *ontología jurídica*, estimo que la comprensión totalizadora del “ser del derecho” sólo puede alcanzarse a partir de la experiencia jurídica, esto es, captando su entero desenvolvimiento desde su génesis en las relaciones sociales, a su formalización normativa, su aplicación judicial y su teorización doctrinal. Pienso, por ello, que el “tridimensionalismo” es un criterio adecuado para delimitar los tres grandes sectores (hecho social, norma y valor) que con su recíproca y necesaria interacción conforman la experiencia jurídica. Para no caer en la ambigüedad o el sincretismo, estimo que la acción humana que constituye el dato básico de la experiencia jurídica debe concebirse como acción histórico-social, en términos de praxis; evitando que al poner el acento de la experiencia en la interiorización de la acción en la consciencia del sujeto se incurra en una forma de solipsismo, desconocedora de la dimensión práctica y, por tanto, histórica y social del derecho.

b) El conocimiento del derecho, tarea asignada a la *gnoseología jurídica*, es un cometido que, en mi opinión, debe contar con el auxilio indispensable de las herramientas de construcción metódica que proporciona la evolución de las ciencias, sin que ello implique el adoptar una postura “cientificista”. Considero, al respecto, del mayor interés las aportaciones del análisis del lenguaje, encaminadas a depurar los dominios lingüísticos del derecho de expresiones inútiles o ambiguas desde el punto de vista teórico, o de nociones destinadas a deformar la realidad en el plano ideológico. Ahora bien, para cumplir tal misión es preciso que el análisis lingüístico de la experiencia jurídica surja de un compromiso crítico desde el que pueda rescatar a la experiencia jurídica de la distorsión y falsificación de su lenguaje.

Me he sentido y me siento, también, especialmente interesado por el estudio de las repercusiones de la cibernética y de la informática en los diversos sectores y ámbitos de la lógica jurídica. La analogía entre los circuitos cerebrales y los circuitos cibernéticos que, por supuesto, no excluye importantes aspectos diferenciales exige el replanteamiento de muchas cuestiones relacionadas con la gnoseología del derecho. Hoy, por ejemplo, carece de sentido una teoría sobre el razonamiento jurídico que parta de las premisas antropológicas de la supuesta aptitud inimitable de deducción lógica humana, desde el momento en que tal facultad ha sido notablemente superada por los ordenadores electrónicos. Esto no

implica que el razonamiento jurídico humano haya sido absorbido o suplantado por un razonamiento jurídico cibernético, sino que la peculiaridad de aquél ya no puede cifrarse en su mera dimensión silogística (como pretendían determinados planteamientos positivistas), sino, más bien, en su capacidad para imaginar, comprender y utilizar adecuadamente máquinas silogísticas. En suma, el discurso sobre el razonamiento jurídico (como sobre las demás cuestiones básicas de la filosofía del derecho) no puede construirse de espaldas al horizonte contextual delimitado por los parámetros evolutivos de la ciencia y la tecnología.

c) Comparto plenamente la idea, estrechamente vinculada a la mejor tradición iusnaturalista, a tenor de la cual el filósofo del derecho no sólo tiene como cometido el análisis de cómo “es” el derecho, sino también de cómo “debe ser”. Es más, creo que el núcleo de la reflexión filosófico-jurídica reside precisamente en determinar, en cada etapa histórica y en relación con cada situación concreta, “cómo debe ser el derecho”, es decir, qué es lo que se considera como derecho justo. En relación con tal propósito he abordado el estudio de la *axiología jurídica* con el propósito de explicitar el sentido y función de los derechos humanos, en cuanto sistema de valores fundamentales (*Grundwerte*) que concretan y desarrollan la idea de la justicia. De ahí que, a diferencia de determinadas exposiciones sobre los valores jurídicos, haya pretendido huir de cualquier enfoque genérico y abstracto para seguir el curso de su entero desenvolvimiento en la experiencia a través de su trabajosa andadura hasta su anclaje en la normativa constitucional.

Respecto a la fundamentación de los derechos humanos y, en general, de los valores básicos, opta por un planteamiento intersubjetivista entendido como un intento de mediación entre la teoría consensual de la verdad, elaborada por la Escuela de Frankfurt, y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest. La primera entiendo que proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional legitimador de los derechos humanos; la segunda aporta datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las necesidades o exigencias de la naturaleza humana, que constituyen el soporte material de todo valor (2006a, 43 ss.; 2010a, 27 ss. y 2010b, 134 ss.).

3. AXIOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHO NATURAL

*Sobre la decantación de estos presupuestos en mi itinerario intelectual, debo señalar que, formado en el estudio de nuestros clásicos iusnaturalistas a través del magisterio de mi tío, el profesor Enrique Luño Peña y, posteriormente en el de los profesores Guido Fassò, Erik Wolf y Antonio Truyol y Serra, nunca abandoné el interés hacia su legado doctrinal. A ese cometido se encaminaron distintos ensayos y una obra de conjunto en la que, coincidiendo con el quinto centenario del encuentro del Nuevo Mundo, traté de renovar la *spanische Naturrechtslehre Forschung* en la triple dirección de: abordar la consideración de aquellos pensadores o temas*

todavía no estudiados, o que lo habían sido en forma insuficiente; proyectar una criba “metateórica” sobre los estudios doctrinales realizados hasta el presente para comprobar su respectivo grado de calidad crítica; e impulsar análisis prospectivos sobre las proyecciones actuales de ese legado teórico. Pensar la doctrina de los clásicos iusnaturalistas hispanos como un recetario suficiente y completo para el remedio de los problemas filosófico-jurídicos actuales supondría incurrir en un peligroso anacronismo histórico; no menos improcedente sería ignorarla. La historia general y, por eso, la historia del pensamiento no contiene un cúmulo de soluciones válidas para el presente y el futuro, pero instruye sobre los aciertos y errores pretéritos y ese conocimiento es ingrediente básico de la experiencia cultural, jurídica y política de los hombres y de los pueblos. En esa convicción elaboré el libro *La polémica sobre el nuevo mundo* (1992), a sabiendas de la irrevocabilidad del pasado, pero sin descuidar sus proyecciones en nuestra realidad.

En pro de la renovación iusnaturalista, me ha parecido conveniente distinguir un iusnaturalismo *ontológico, dogmático o radical*, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretende derivar valores y principios materiales absolutamente válidos para cualquier derecho digno de serlo; de un iusnaturalismo *deontológico, crítico o moderado*, que no niega la juridicidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo.

Frente a la primera versión, que estimo incompatible con importantes valores y exigencias de la cultura humanista contemporánea, me inclino por un iusnaturalismo racionalista y deontológico o crítico. Se ha objetado a esta actitud que es posible admitir la existencia de valores previos al derecho positivo sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo, a condición de mantenerlos en el plano de los sistemas normativos morales o sociales, pero no jurídicos. No puedo compartir esta tesis, porque entiendo que no deja de suscitar perplejidad que juristas del pasado y del presente sostuvieran y sostengan que los criterios que permiten discernir el derecho correcto, no son jurídicos. Esta actitud no halla parangón en la teoría del conocimiento, donde no se discute el carácter lógico de los criterios que distinguen la verdad de la falsedad; como no se cuestiona el carácter estético de los criterios que deslindan la belleza de la fealdad; ni se polemiza sobre la naturaleza moral de los postulados que distinguen el bien del mal. Mantiene aquí plena vigencia la célebre advertencia kantiana de que una definición general del derecho debe entrañar un criterio de delimitación de lo justo respecto de lo injusto; pues una doctrina jurídica empírica, limitada a dar cuenta de las leyes positivas de un determinado lugar y tiempo, podría ser (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) hermosa, pero lamentablemente carecería de inteligencia. La razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside, precisamente, en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del derecho realmente existente sino de las pautas axiológicas que deben informar el derecho positivo y, cuando no lo son, legitiman su denuncia. Ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden concebirse como compartimentos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable (2006a, 191 ss.; 2010a, 132 ss.).

Este enfoque iusnaturalista ha tenido puntual incidencia en mi concepción de los derechos humanos (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984; 10 ed. 2010b, 134 ss. y 569 ss.); *Los derechos fundamentales* (1984; 9ª ed. 2007a, 107 ss.)), porque, desde la tesis que sustenta, resulta evidente que no todo derecho humano es un derecho fundamental, mientras no haya sido reconocido por un ordenamiento jurídico positivo; pero, a la inversa, no es posible admitir un derecho fundamental que no consista en la positivación de un derecho humano. Los derechos fundamentales no son categorías normativas abiertas a cualquier contenido, sino concreciones necesarias de los derechos humanos en cuanto instancias axiológicas previas y legitimadoras del Estado de derecho, que éste ni puede inventar ni puede desconocer.

4. EXPERIENCIA JURÍDICA, TETRADIMENSIONALISMO Y RACIOVITALISMO

Los libros *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica* (1982; 10ª ed. 2008) y *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica* (1997; 9ª ed. 2010a), declaran, desde su propio título, el propósito de abordar los problemas fundamentales de la filosofía y la teoría del derecho desde la experiencia jurídica. Entiendo que la teoría de la experiencia jurídica, plenamente compatible con las posturas renovadoras y críticas del derecho natural, permite ahondar en la conexión del derecho con la vida. Ese enfoque contribuye a ofrecer una explicación contextualizada del derecho, a partir de su significación histórica y social. Estos planteamientos que, a la postre, propugnan una concepción global e integradora de los distintos aspectos o dimensiones que conjuntamente conforman el derecho han sido, en efecto, la principal preocupación de la filosofía de la experiencia jurídica.

La filosofía de la experiencia jurídica persigue ofrecer una concepción del derecho que capte su entero desenvolvimiento, desde sus presupuestos sociales, a su formalización normativa y su valoración crítica. Es sabido que cada época se distingue por una peculiaridad de intereses y sensibilidades. En la actualidad, parece que la consigna cultural que mejor compendia las inquietudes de nuestro tiempo es la exigencia de *globalización*. Los problemas actuales del derecho deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas económicos, éticos, jurídicos y políticos. Por eso, estimo que la filosofía de la experiencia jurídica se presenta como un cauce adecuado para explicar y captar la dinámica y compleja red de las conexiones e interdependencias globales del derecho. La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del derecho. Por eso parece que la concepción del derecho como experiencia jurídica es la que mejor puede satisfacer los apremios globalizadores del presente, captando,

al propio tiempo, las manipulaciones y efectos perversos que subyacen a determinadas versiones del fenómeno globalizador.

Esta opción teórica en pro de la filosofía de la experiencia jurídica se halla informada por determinados presupuestos y ha perseguido el logro de determinados objetivos que se cifran en las siguientes exigencias:

a) Evitar que esa concepción global y totalizadora, que la experiencia jurídica propugna, pueda conducir a un *totum revolutum* de datos normativos, circunstancias fácticas, valores y teorías que tengan que ver con el derecho. La experiencia jurídica debe concebirse como un método clarificador de los elementos constitutivos de lo jurídico, contribuyendo a perfilar su distinción conceptual, aunque reconozca y reivindique su interrelación práctica. Llevado de este propósito, he tratado de prevenir la eventual confusión de la teoría de la experiencia jurídica con las concepciones eclécticas, sincréticas u holísticas del derecho, al tiempo que he sugerido su analogía con algunas recientes concepciones jurídicas, como la teoría de la integración postulada por Ronald Dworkin.

b) Conforme con ese propósito he tratado de evitar también una cierta unilateralidad, tendente a acentuar sólo los aspectos histórico-vitales del derecho, que dimanen de determinadas versiones doctrinales de la experiencia jurídica. Pienso que el devenir y el presente de la filosofía y la teoría del derecho responde, en definitiva, a unas polaridades, que tomando en préstamo la forma del célebre dilema del neopositivista danés Jørgen Jørgensen, pudieran expresarse así: o se defiende la posibilidad de una plena y absoluta formalización lógica del derecho, lo que implica desconocer los aspectos y fenómenos jurídicos que no son reducibles a esquemas lógico-formales; o se concibe lo jurídico en su conjunto con la esfera de las vivencias y de los acontecimientos históricos, lo que equivale a dejar en la penumbra todos los ámbitos y procesos jurídicos que responden a criterios de racionalidad. En ambos casos se está escamoteando un componente insoslayable del derecho y, por eso, las dos posturas unilaterales amputan sectores constitutivos de la experiencia jurídica. La difusión, en la filosofía y la teoría del derecho de los años sesenta y setenta del pasado siglo, de las diversas versiones del positivismo jurídico de carácter normativo, lógico y analítico-lingüístico potenciaron la primera opción. Asimismo, la reconstrucción de determinados presupuestos iusnaturalistas *lato sensu* en los últimos años, manifestada por una revalorización de la axiología jurídica basada en la justicia y los derechos humanos, de la racionalidad práctica y las teorías argumentativas, de la función normativa de los principios..., ha servido de estímulo para la segunda. La tesis de la experiencia jurídica que propugno, entraña la insumisión a ese dilema por la unilateralidad y reductivismo al que conduce.

Entiendo que es insatisfactorio instalarse en cualquiera de esas dos polaridades dilemáticas. El logicismo formalista y el historicismo vitalista constituyen dos tentaciones de la teoría y la filosofía del derecho, reiteradas bajo diferentes formulaciones y observancias, igualmente insatisfactorias. Cada una de ellas renuncia a aspectos importantes que la otra sostiene. La primera se queda con los aspectos lógico-formales y sistemáticos de las estructuras normativas, pero soslaya

su componente vital, es decir, su dimensión social e histórica; la segunda enfatiza la componente social e histórica de los actos y hechos jurídicos, pero olvida o infravalora su exigencia de racionalidad. La teoría de la experiencia jurídica que sostengo, no puede alojar su concepción del derecho en ninguna de estas dos posiciones, porque advierte lo que hay de plausible y también lo que hay de reductivista en cada una de ellas y, en consecuencia, trata de evitar la mutilación que supone su asunción unilateral. Por esta razón, no he vacilado en recurrir a procedimientos metodológicos vinculados al análisis del lenguaje jurídico al tratar de clarificar el sentido de determinados conceptos y categorías, pero sin que ello me impidiera reconocer la dimensión social, histórica o axiológica de las mismas. Esta actitud puede haber suscitado la alarma de determinados positivistas de estricta observancia, en la medida en que pueden considerarla contaminadora de los procedimientos lógico-formales. También ha generado la consiguiente dosis de disconformidad en quienes se mantienen anclados en un iusnaturalismo rígido y dogmático. Por el contrario, este planteamiento no es ajeno, sino en gran medida deudor, del *raciovitalismo* de Ortega.

La concepción de la experiencia jurídica por la que abogo mantiene una relación de implícita afinidad con el designio orteguiano de superar el viejo dilema filosófico que expresan: el absolutismo racionalista, que salva la razón a costa de nulificar la vida, y el vitalismo radical, que salva la vida evaporando la razón (2009, 143 ss. y 323 ss.).

c) En el intento de dilucidar los datos constitutivos de la experiencia jurídica, siguiendo la pauta filosófica de Hegel, Dilthey y Ortega y la filosófico-jurídica de Fassò, Orestano y Recaséns, he sugerido reivindicar el protagonismo que corresponde a la historia en la conformación de ese enfoque. Las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pudieran ser completadas por una *cuarta dimensión*. Es notorio que, en la física contemporánea, la teoría de la relatividad de Einstein ha postulado el tiempo como una cuarta dimensión del universo. A diferencia de la mecánica clásica, la teoría de la relatividad concibe el espacio y el tiempo como coordenadas de un universo tetradimensional. Se ha advertido que la función del tiempo como nueva dimensión espacial no ha significado que el tiempo pase a ser concebido “como si fuese espacio”, ya que el universo tetradimensional es, más bien, un universo de $3 + 1$ dimensiones. La teoría de la relatividad, en definitiva, más que “espacializar” el tiempo lo que ha hecho es “temporalizar” el espacio. La consideración de la teoría de la relatividad invita a esbozar un cierto paralelismo entre la función que se asigna al tiempo en la nueva física y el papel de la historia en la concepción experiencial del derecho. También en el derecho pudiera hablarse de un *tetradimensionalismo*, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) más una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite “temporalizar” a las otras tres, contextualizándolas históricamente.

Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica es posible una concepción “sincrónica” del tridimensionalismo jurídico, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente “diacrónica” y, por ello, tetradimensional (2006a, 53 ss.; 2010a, 40 ss.).

5. HISTORIA Y SISTEMA

He tenido ocasión de recordar, en algunos trabajos anteriores, y estimo oportuno reiterarlo aquí, que durante mis años de aprendizaje y peregrinación, los consabidos *Lehrjahre* y *Wanderjahre* que a tenor del esquema goethiano conforman toda biografía intelectual, tuve la fortuna de recibir el magisterio de cuatro relevantes historiadores de la filosofía jurídica: Guido Fassò, Enrique Luño Peña, Antonio Truyol y Serra y Erik Wolf. Si sus concepciones historiográficas fueron distintas, tal vez antagónicas, lo indiscutible fue su virtualidad para imbuirme la pasión por la historia del pensamiento jurídico y político. La vocación hacia el pasado nunca, desde entonces, me ha abandonado del todo, por más que en años sucesivos he dedicado preferentemente mi atención a aspectos sistemáticos de la teoría jurídica, del análisis conceptual y del fundamento de los derechos humanos o del impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías. Por eso, en una de mis más recientes publicaciones (*La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*) (2009), he tratado de reunir y actualizar una serie de investigaciones historiográfico-jurídicas en las que, con fervor remozado, abordo la exposición de los temas de la historia de la cultura jurídica, quizás porque me subyuga lo nuevo, pero me apasiona lo viejo. He querido, con ello, testimoniar mi gratitud memoriosa hacia aquellos ilustres y ejemplares maestros desaparecidos.

La perspectiva histórica no pretende, de ningún modo, constituirse en una alternativa del análisis conceptual y sistemático de las cuestiones de la teoría y la filosofía del derecho. Historia y sistema forman una unidad radical explicativa de la estructura temática en que se desglosa el contenido de la filosofía del derecho. Por ello, cuanto mayor sea el grado de elaboración sistemática de los materiales jurídicos en el devenir de las distintas épocas en que se desarrolla la cultura jurídica, más diáfana podrá ser su captación y expresión historiográficas. Asimismo, la consciencia histórica de las ideas jurídicas debiera contribuir al cabal entendimiento del significado presente de sus formulaciones sistemáticas. Esa convicción informa y justifica el empeño intelectual del que mi actitud metódica trae causa.

No huelga advertir que en la situación presente de la teoría y la filosofía jurídicas se comprueba un cierto abandono, por parte de los estudiosos más jóvenes, del interés por la evolución histórica de estas materias. Urge reaccionar contra esa especie de “agnosticismo cultural” que tras esa actitud pudiera incubarse. La cabal inteligencia de la mayor parte de problemas jurídicos exige su consideración histórica. En pocas ciencias, como en la del Derecho, es tan necesario conjugar el estudio de los problemas actuales con los pretéritos. En ningún otro saber adquiere la historia ese valor de instrumento ineludible para la nueva y actual investigación de su estructura temática.

Para los estudiosos y profesionales de las ciencias humanas y sociales, en especial para los juristas, el conocimiento de la génesis, desarrollo y perspectiva temporal en que consiste la historia del devenir de las ideas, no tiene un significado ornamental. Es necesario difundir la convicción de que no es posible el tratamiento sistemático de cualquier problema referente al Derecho o al Estado, si

no se lleva paralelamente al estudio de sus aspectos actuales el de sus antecedentes pretéritos. Al prologar la obra de Huizinga *El Otoño de la Edad Media*, Ortega reclamaba la indispensabilidad de la consciencia histórica en términos que estimo mantienen, casi setenta años después, intacta su vigencia. En ese texto, Ortega y Gasset expresaba su convicción de que “sólo la historia puede salvar al hombre de hoy”. El conocimiento de la historia ha devenido, en la hora presente, un menester necesario e irrenunciable de nuestra convivencia, antes que una diversión o un lujo. “Como la llamada época moderna es el tiempo de la razón física, la etapa que ahora se inicia será la de la razón histórica. De no serlo —concluye Ortega— nuestra civilización sucumbirá en una pavorosa y vertiginosa retrogradación”.

6. EL PARADIGMA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL ESTADO DE DERECHO

Una proyección teórica congruente con las inquietudes historiográficas a las que se ha tenido ocasión de aludir, ha consistido en la propuesta de un modelo paradigmático generacional para el estudio de las libertades y del Estado de derecho. La delimitación conceptual y la función de los derechos humanos, del Estado de derecho y el constitucionalismo, así como la fundamentación y las tesis referentes a la interpretación de aquellos, han sido objeto prioritario de mis argumentos de investigación y consecuentes publicaciones. En el Epílogo de las últimas ediciones de mi libro: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, bajo el título: “Los derechos humanos revisados: críticas y autocríticas” (2010b, 567 ss.), he tratado de compendiar las rasos principales que caracterizan mi enfoque de estas materias. No estimo, por ello, pertinente reiterar lo expuesto, en aras de la brevedad. Pienso, en cambio, que la referencia a los aspectos básicos de mi propuesta de un modelo generacional para el estudio de esas categorías, puede tener aquí mayor sentido.

En el renovado y actual interés por las garantías jurídicas de la subjetividad, ha cobrado paulatina fuerza la convicción de que los avatares de los derechos no sólo afectan a su posición externa de supremacía o inferioridad respecto a la norma. La “evolución del derecho subjetivo” que es predicable de los derechos en general y, por tanto, también de los derechos humanos, depende, en no menor medida, de las propias transformaciones internas que jalonan su curso histórico.

Infiero, de esas premisas, que los itinerarios teóricos del constitucionalismo en nuestra época versan sobre dos cuestiones prioritarias, ambas asumidas desde una perspectiva histórica o generacional: la transformación de las libertades y la transformación del Estado de derecho.

1) De ser cierta la observación de Nietzsche a tenor de la cual sólo es definible lo que no tiene historia, explicaría las dificultades que entraña conceptualizar una realidad proteica como los derechos humanos. La teoría de los derechos que propugno es consciente de esas aporías e intenta responder a ellas a partir de una concepción generacional de las libertades. Según esta tesis, la mutación histórica

de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad, en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la *primera fase o generación de los derechos humanos*. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la *primera generación* con una *segunda generación* de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de derecho por el Estado social de derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la *primera* los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la *segunda*, correspondientes a los *derechos económicos, sociales y culturales*, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En función de ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties’ pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado,

entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica, los derechos humanos perderían su función legitimadora del derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia, perderían sus propios rasgos de humanidad (1991; 2006b; 2007a; 2010b).

2) En diversos trabajos, publicados en los últimos años, he tratado de proyectar también al estudio del Estado de derecho el paradigma generacional. Ese marco teórico tiende a establecer un paralelismo simétrico entre la evolución de las formas de Estado de derecho y la decantación de uno de sus ingredientes definitorios básicos: los derechos fundamentales. Este paradigma explicativo enfatiza la dimensión triádica del Estado de derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional; y correlativamente de los derechos fundamentales, que han evolucionado, asimismo, desde las libertades individuales, a los derechos económicos, sociales y culturales y, en el presente, a los derechos de la tercera generación.

A las tres generaciones de Estados de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto tercera fase evolutiva del Estado de derecho, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación.

El Estado constitucional, entiendo, ha implicado un triple desplazamiento de algunos de sus rasgos informadores básicos, que se concreta en: 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución; 3) el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

a) De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución

Uno de los dogmas fundadores del Estado de derecho era el de la supremacía de la ley. En el Estado liberal de derecho la ley aparece como la fuente jurídica suprema; las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias, subsisten en los espacios que la ley les asigna y tienen relevancia jurídica sólo cuando la ley delega en ellas la regulación de determinadas materias. Ello era así porque la ley suponía entonces el cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas.

En las últimas décadas ese panorama ha devenido obsoleto y hoy asistimos al desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas. Se asiste ahora a una serie de fenómenos que entrañan una auténtica “subversión” de la primacía de la ley en el sistema de las fuentes del Derecho. Incurriría en un exceso de prolijidad el intento de ofrecer una panorámi-

ca exhaustiva de los distintos ámbitos en los que se ha venido manifestando esa subversión normativa. Baste recordar los fenómenos de la “descodificación”, de la pérdida de generalidad y abstracción de las normas legales, o de la supeditación de las leyes a la jurisprudencia constitucional.

Para reconducir esos fenómenos e intentar poner orden en el caos normativo que amenaza con abolir por entero la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del derecho, hoy se vuelven los ojos hacia la Constitución. La primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución. Esa primacía de la Constitución (*Vorrang der Verfassung*), que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen.

b) *De la reserva de ley a la reserva de Constitución*

El orto del Estado de derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero implicaba, al propio tiempo, una consciente “autolimitación” del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario. Pudiera afirmarse que el legislador liberal desarrollaba su actividad sometido a un mandamiento implícito, expresado en los siguientes términos: “no recurrirás a la ley en vano”.

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho, que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por las, ya mencionadas, leyes medida (*Massnahmegesetze*).

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que ha caracterizado al Estado social de derecho ha producido en los actuales ordenamientos jurídicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, “contaminación legislativa” (*Legal Pollution*), determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha roto el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de su aplicación. La inflación normativa se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir

el Derecho se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equívocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas —funcionarios administrativos, jueces o abogados— tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho.

Por todo ello la “reserva de ley” ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la “reserva de Constitución”. La “reserva de Constitución” no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento “alguna función constituyente” para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

c) *Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad*

Presupuesto insoslayable informador del Estado de derecho es el de la sumisión de la actividad de los poderes públicos al control de tribunales independientes. En el Estado de derecho la garantía jurídica del *status* de los ciudadanos se desglosa en dos instancias fundamentales: 1) una *estática*, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la Administración; 2) y otra *dinámica*, que se materializa en la justiciabilidad de la Administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos.

En los países europeos continentales ese control de los tribunales se realiza a través de una jurisdicción especial: la jurisdicción contencioso-administrativa. La transformación del Estado liberal en Estado social de derecho, con la consiguiente ampliación de las tareas administrativas, otorgó un protagonismo creciente a esa jurisdicción hasta el punto de que esa forma de Estado de derecho pudo ser calificada de “Estado de derecho administrativo”. Paralelamente tomó cuerpo una tendencia doctrinal, de la que Carl Schmitt fue el exponente más relevante, que no cuestiona el control jurisdiccional de la sumisión de los poderes públicos a la legislación ordinaria, pero discute que ello sea predicable de su vinculación a la norma constitucional, por el carácter indeterminado y programático de las normas constitucionales, cuya aplicación es más propia de decisiones políticas que incumben a los parlamentos o al gobierno que de controles jurisdiccionales.

Esta tendencia doctrinal, acogida en la práctica de numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas, condujo a una paradoja insostenible: la admisión de un control jurisdiccional del acatamiento por parte de la Administración de normas de ínfimo rango normativo (decretos, órdenes, resoluciones...) sin que, simultáneamente, tal control se hiciese extensivo a su vinculación a la norma suprema en la jerarquía normativa, o sea, la Constitución.

Este fenómeno no se produjo nunca en los sistemas de la *Common Law* en los que, como es notorio, se da una unidad de jurisdicciones y en los que se considera la Constitución, aunque se trate de una constitución no escrita como la británica, como *Higher Law* con plena vinculación jurídica. Tesis que fue potenciada en Norteamérica a través de la institución de la *Judicial Review*, es decir, la competencia de los jueces ordinarios para declarar inconstitucionales las leyes.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se inicia en las democracias occidentales un paulatino proceso dirigido a hacer justiciable el contenido de las Constituciones y, en concreto, de los derechos fundamentales en ellas consagrados. Así, por ejemplo, el recurso de amparo de los derechos fundamentales a través de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad (*Verfassungsbeschwerde*) constituye un elemento básico informador del arquetipo “Estado constitucional”. La jurisdicción constitucional de la libertad, según el modelo de la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una amplia recepción, por vía iuscomparatista, en los Estados constitucionales de Europa occidental, así como en varias de las más recientes normas constitucionales de la Europa del Este. En ocasiones, el “activismo” de las propias instancias judiciales ha tenido mucho que ver con la atribución de plena normatividad a las Constituciones. En nuestra experiencia constitucional merece destacarse la decidida actitud de un amplio sector doctrinal y del propio Tribunal Constitucional tendente a reconocer pleno valor normativo a nuestra Ley de leyes de 1978.

En definitiva, he tratado de mostrar como rasgos caracterizadores del desplazamiento desde el Estado liberal y el Estado social de derecho al Estado constitucional de derecho, esos fenómenos reseñados que muestran el actual protagonismo de la primacía de la Constitución, de la reserva de Constitución y del control de constitucionalidad.

7. METAMORFOSIS DE LOS SISTEMAS Y FUENTES DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

En la primavera del año 2002 fui invitado, en mi condición de profesor de Política Criminal en el Instituto Andaluz de Criminología, a una estancia académica en la Oficina para la Prevención de la Delincuencia Organizada Internacional de Naciones Unidas en Viena. Con ocasión de esa visita, pude asistir y participar en alguna de las sesiones de trabajo celebradas en la sede vienesa del *Hans Kelsen Institut*. En el curso de esas actividades, comprobé la preocupación de los investigadores del Instituto, pertenecientes a distintas áreas geográficas y culturas jurídicas, por mantener indemne el legado doctrinal kelseniano frente al “asedio” científico de determinadas concepciones contemporáneas, especialmente influyentes en los desarrollos de la teoría y la filosofía jurídica (Hart, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, Häberle...). Tengo para mí que esas alarmas y esa inquietud obsesiva por defender la teoría pura respecto a doctrinas y posturas teóricas y/o metodológicas sobre el derecho, responde a un error de enfoque. La teoría pura del derecho ela-

borada por Hans Kelsen es un modelo de coherencia interna y, por tanto, resulta difícilmente atacable desde el interior de las premisas en las que se expresa su fundamento y desarrollo. Por eso, las doctrinas filosóficas y jurídicas que han cuestionado y cuestionan la teoría de Kelsen resultan poco eficaces y convincentes cuando pretenden desvirtuarla “desde dentro”; es decir, desde los propios postulados informadores de sus tesis y desde las inferencias que de ellos dimanar.

Los herederos teóricos de Kelsen se hallan absortos en construir un baluarte especulativo capaz de resistir la confrontación intelectual con las concepciones jurídicas actuales, que reputan opuestas o, en su caso, revisionistas del legado científico del maestro vienés. Personalmente, no puedo convenir con lo que esa estrategia representa. A mi entender, el riesgo de revisión superadora de la teoría pura del derecho no reside en las eventuales críticas que frente a ella directamente se avanzan, sino en las nuevas coordenadas a las que responden los sistemas jurídicos actuales y de las que las nuevas concepciones jurídicas se hacen cargo con mayor precisión y adecuación que la teoría pura del derecho.

La teoría pura del derecho se presentaba y justificaba a sí misma como una teoría explicativa del derecho positivo. Como quiera que el ordenamiento jurídico de los Estados de derecho contemporáneos ha experimentado una importante transformación en su sistema de fuentes, así como en sus postulados fundadores, hoy, entiendo que se precisa de nuevos marcos teóricos y paradigmas metodológicos capaces de dar cuenta de esa nueva situación.

La dimensión nomo-dinámica del orden jurídico planteada por Hans Kelsen en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho*, constituye una fuente insoslayable y paradigmática para el análisis y la comprensión de la idea del sistema jurídico. En el volumen monográfico sobre *Los derechos fundamentales* (2007b, 137 ss.), tuve ocasión de ocuparme de algunos aspectos básicos de la formación del concepto de sistema en la ciencia jurídica contemporánea, de las relaciones entre los conceptos de sistema y ordenamiento jurídico, de la distinción entre los aspectos extrínsecos e intrínsecos de los sistemas constitucionales, así como del debate doctrinal entre el monismo y el pluralismo como rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos. Sería ocioso reiterar lo ya expuesto. No obstante, sí me parece oportuno aludir a los rasgos constitutivos de los sistemas jurídicos.

Aludir a un sistema jurídico sugiere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre las normas que lo integran, ya que la unidad de sentido del ordenamiento jurídico no aparece como una cualidad de las singulares formulaciones normativas, sino como una característica de todas las normas en cuanto conjunto. El tema de la interconexión orgánica y finalista de las normas integradas en un ordenamiento jurídico, es decir, su dimensión sistemática, ha suscitado un interés creciente en la dogmática jurídica de los últimos años. No en vano, el proceso de sistematización de los materiales normativos es un fenómeno paralelo al de la formación del Estado moderno, que ha ido adquiriendo progresiva importancia en la medida en que ha crecido el número y complejidad de las reglas integrantes del derecho positivo estatal. De ahí que precisamente la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos

más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar. Esta idea de orden y regularidad, que irradia del conjunto normativo para proyectarse en sus partes integrantes, es la que permite concebir las normas jurídicas como un sistema y, de este modo, abordar su proceso hermenéutico como búsqueda del sistema, o unidad de sentido sistemático, de las normas singulares que lo integran.

La enseñanza del Kelsen ha sido fértil no sólo para explicar la dimensión sistemática del derecho, sino también para ofrecer un planteamiento que ha devenido clásico de las tres grandes características de la nomodinámica o del ordenamiento jurídico: unidad, plenitud y coherencia. *Unidad*, en cuanto que su estructura constituye un todo único, claramente delimitado y específico, cuyas características informan y se manifiestan en cada uno de los elementos que lo integran: las normas se definen a partir de su pertenencia al ordenamiento jurídico, no el ordenamiento en función de las distintas normas singulares que lo componen. Ello conduce a postular que todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo conforman.

Plenitud, ya que todo ordenamiento jurídico aspira a ser una estructura completa, en el sentido de ser autosuficiente para regular todos los supuestos que se susciten en su seno, siempre que posean relevancia jurídica.

Coherencia, esto es, la tendencia de todo ordenamiento jurídico a conformarse como un todo ordenado: un conjunto de elementos entre los que se da un orden sistemático. Si la unidad del ordenamiento jurídico se dirige a definir sus señas de identidad, y la plenitud a evitar las posibles lagunas de su estructura, la coherencia se orienta a eliminar las antinomias o contradicciones que pueden surgir en su seno.

En estos últimos años, pienso que se ha producido una tendencia orientada a matizar el sentido de estas notas constitutivas del ordenamiento jurídico y el consiguiente desplazamiento de las mismas hacia nuevas categorías, que expresan los nuevos rumbos de los sistemas jurídicos contemporáneos. Entre tales cambios y metamorfosis pueden distinguirse los siguientes:

a) *Desde la unidad al pluralismo*. Uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas jurídicos ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario al de su significado pluralista. El pluralismo implica básicamente la “apertura” del sistema de las fuentes del derecho: sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos.

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy, por lo expuesto, la idea del *pluralismo*. En su dimensión jurídica el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una dero-

gación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una “explosión” del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades, atribuidas a organizaciones sociales intermedias, de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).

b) *Desde la plenitud a la apertura jurisdiccional.* Otro de los signos característicos del constitucionalismo actual, es el de una paulatina relativización del postulado de la plenitud del orden jurídico y su desplazamiento hacia la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la garantía efectiva de los derechos fundamentales. El carácter completo y pleno del ordenamiento jurídico era corolario de su condición de sistema único y cerrado. Por eso, cuando hoy se afirma la dimensión plural y abierta del ordenamiento necesariamente se cuestiona el rasgo de su plenitud.

Los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una *supra-estatalidad normativa*. Pero el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infra-estatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas. Para aludir a esa situación he utilizado la metáfora del “*desbordamiento de las fuentes del derecho*” (1993). En esta nueva coyuntura en la que el ordenamiento jurídico estatal se halla trascendido por otras instancias normativas, aludir a la inexistencia de lagunas en su seno ha perdido gran parte del significado que pudo tener en el periodo histórico anterior como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos (1994).

En la coyuntura presente se hace especial hincapié en la apertura al procedimiento jurisdiccional, más que en la plenitud del ordenamiento jurídico, como garantía de la tutela de las libertades.

c) *Desde la coherencia a la argumentación.* La coherencia, en cuanto ausencia de antinomias o contradicciones normativas, era una condición fácilmente predicable de los ordenamientos jurídicos caracterizados por las notas de la unidad jerárquica y la plenitud. Cuando esas notas resultan cuestionadas, al haberse erosionado la dimensión unitaria, compacta, cerrada y autosuficiente de los sistemas jurídicos, y su consiguiente decantación hacia el pluralismo, la apertura y la multiplicidad compleja de su estructura normativa, la coherencia ha devenido una condición prácticamente inalcanzable. Por ello, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho del presente resulta casi imposible garantizar la inexistencia de antinomias, y, en ellos, estimo que se tiende a sustituir esa garantía de seguridad jurídica por la exigencia de un amplio aparato argumentativo tendente a motivar

la racionalidad de las posibles contradicciones existentes entre las normas y/o las decisiones judiciales, que son inevitables en ordenamientos abiertos y complejos. El protagonismo que, en los sistemas constitucionales actuales, ha adquirido la motivación de las decisiones judiciales en cuanto garantía de un proceso debido, demuestra la vigencia de esta tendencia.

Con las consideraciones que anteceden no he pretendido propugnar la tesis de la superación de la unidad, plenitud y coherencia de los sistemas jurídicos. Sin una proporción adecuada de tales postulados, un ordenamiento jurídico sería impensable. Pero pienso que, con el mismo énfasis con el que se reitera la importancia de esos ingredientes básicos de los sistemas normativos, se debe admitir la erosión de las categorías teóricas con que fueron elaborados por el positivismo jurídico formalista. La metamorfosis de estos postulados hacia nuevas exigencias y pautas funcionales de los sistemas jurídicos, si no significa su abolición, entraña transformaciones y cambios de incuestionable calado en su significación y alcance. El positivismo jurídico formalista, en particular su formulación más acabada e influyente, o sea, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, ha sido incapaz de hacerse cargo y de explicar adecuadamente esa metamorfosis. De ello estimo que se desprende la profunda crisis que aqueja a esa versión de la ciencia jurídica y la consiguiente aparición de una multiplicidad de teorías “postpositivistas”, que, en muchos casos, implican la abierta negación de los postulados-guía de la teoría pura y la admisión encubierta de determinados presupuestos metodológicos y teóricos muy próximos a concepciones iusnaturalistas (2007b, 37 ss.; 2009, 379 ss.; 2010c, 15 ss.)

8. EL DERECHO ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA SOCIEDAD GLOBAL

El pensamiento jurídico de fin de siglo no fue insensible a la urgencia de tomar en serio la tarea de construir una teoría del derecho abierta, y responsablemente comprometida con la respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de los seres humanos que viven en la era de las nuevas tecnologías. Soy de la opinión de que esa nueva coyuntura reclama de los juristas, los filósofos y los teóricos del derecho una “responsabilidad tecnológica”, es decir, una actitud reflexiva, crítica y consciente de los nuevos problemas que, en las diversas esferas del acontecer social, suscita la tecnología, y ante los que ni el derecho, ni quienes lo aplican o lo estudian, pueden permanecer insensibles. Esa exigencia pienso que complica sobremanera la labor de los operadores jurídicos y los teóricos del derecho, porque les obliga a ampliar el angosto horizonte de las autorreferencias normativas, con la apertura hacia los estímulos de la ciencia y la tecnología. Pero sólo mostrando sensibilidad a esa exigencia, la teoría del derecho será capaz de responder a los retos de las sociedades tecnológicas que inician la andadura del siglo XXI; lo que es tanto como decir que sólo en virtud de esa “responsabilidad tecnológica” la teoría del derecho tendrá pleno sentido.

He tratado de mostrar que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera del derecho.

1) En el *plano de las relaciones interhumanas*, la potencialidad de las modernas tecnologías de la información ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Ello ha posibilitado que se adquiriera conciencia universal de los peligros más acuciantes que amenazan la supervivencia de la especie humana. El desarrollo actual de la industria bélica sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una hecatombe de proporciones mundiales capaz de convertir nuestro planeta en un inmenso cementerio. De ahí que la temática de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos del último periodo de nuestra historia colectiva.

Tampoco puede soslayarse que el contexto en el que se ejercitan los derechos humanos es el de una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la “sociedad de la información”, o a la “sociedad informatizada”.

El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, educativos y médicos, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de “juicio universal permanente”. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad. Estas circunstancias han generado en los ciudadanos más sensibles a la defensa de su intimidad el denominado “síndrome del pez rojo”, es decir, la sensación de hallarse sometidos a mecanismos de control tecnológico capaces de perforar, de forma inadvertida, aspectos esenciales de su vida privada.

Como respuesta a la “contaminación tecnológica” de las libertades se ha formulado el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), construcción de la doctrina y la jurisprudencia germanas, que tiene su equivalente en los países latinos en el derecho a la *libertad informática*. Tal derecho tiene una importancia decisiva en las sociedades tecnológicas del presente. Su función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen almacenados en ficheros informatizados.

El derecho a la libertad informática constituye una modalidad de libertad personal reconocida al ciudadano tendente a proteger jurídicamente su “identidad informática”. Para el ejercicio del derecho a la libertad informática se precisa

reconocer a los ciudadanos las facultades de conocimiento y acceso a sus propios datos personales. Para ello, se postula una nueva acción procesal, que por analogía al tradicional *habeas corpus*, se denomina *habeas data*. El *habeas data* constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la “facultad de acceso” en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus*.

2) En el curso de estos últimos años, pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del *hombre con su medio ambiental*, en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos. Estas circunstancias han hecho surgir, en los ambientes más sensibilizados hacia esta problemática, el temor de que la humanidad pueda estar abocada al suicidio colectivo, porque como *l'apprenti sorcier*, con un progreso técnico irresponsable ha desencadenado las fuerzas de la naturaleza y no se halla en condiciones de controlarlas. En estas coordenadas debe situarse la creciente difusión de la inquietud ecológica. La ecología representa, en suma, el marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfrenado, en términos puramente cuantitativos, por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de la vida.

La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales, así como el interés de la teoría del derecho por todo cuanto atañe a su problemática. Por ello, no debe extrañar que la literatura sobre el derecho medioambiental, derecho y ecología, y el derecho a la calidad de vida, constituyan uno de los apartados más copiosos en la bibliografía actual sobre las libertades y la teoría jurídica. Y parece poco razonable atribuir este dato al capricho o a la casualidad.

3) De igual modo, las nuevas tecnologías han contribuido decisivamente a posibilitar un *conocimiento más radical del propio ser humano*. Durante milenios, el hombre ha sido un desconocido para sí mismo. Desde la perspectiva de los avances científicos y tecnológicos de nuestro tiempo, no pueden dejar de considerarse como meras elucubraciones ingenuas e insuficientes las teorías y conjeturas rudimentarias, que desde la medicina, la biología, la psicología y la filosofía se venían haciendo sobre el significado y la estructura de la naturaleza humana. En

los últimos años, los avances de la *ingeniería genética* y la *biotecnología* han permitido trasladar desde la incertidumbre y la penumbra de las elucubraciones a la seguridad de los datos científicos, el conocimiento de la vida humana. Los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra especie, constituyen un nuevo marco de referencia para el estudio y la propia tutela de los derechos humanos.

Estos progresos no se hallan exentos de riesgos. Es sabido que la etapa actual de desarrollo biotecnológico, junto a avances y desarrollos indiscutibles, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. En esas coordenadas, se ha generado un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al reconocimiento de derechos en relación con la salud y la garantía de la persona frente a determinados usos y experimentaciones biomédicas.

Un aspecto insoslayable de las repercusiones tecnológicas en el derecho de la hora presente, es el que se refiere al desarrollo y utilización de la red. No parece lícito dudar que *Internet* (*International Network of Computers*) está siendo el fenómeno estelar de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a partir de la década de los noventa. En el umbral de un nuevo milenio, Internet se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias a Internet, cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más diversas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversa especie, y se puede comunicar con otros usuarios de la red sin limitaciones de número ni distancia. Si hace algunos años parecía que la “aldea global” era el gran reto del futuro, hoy Internet ha convertido en realidad presente el “hogar global”, en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

No obstante, he intentado poner de relieve, en algunos trabajos sobre la materia, que junto con esas incuestionables ventajas derivadas de las inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación que permite la navegación por el ciberespacio, Internet ha hecho surgir en los últimos tiempos graves motivos de inquietud. La red ha sido utilizada como vehículo de contenidos nocivos e ilícitos. Se han producido numerosos escándalos que han agitado a la opinión pública.

Como la mayoría de las grandes conquistas científicas y tecnológicas que registra la historia, Internet es una realidad ambivalente. Me parece que renunciar a sus logros sería hoy una pretensión imposible, porque se trata de un avance irrenunciable y un signo del progreso de nuestro tiempo. Pero ello no debe conducir a aceptar pasivamente o a claudicar ante los riesgos de “*abordaje*” criminal que amenazan la navegación por el ciberespacio (2004, 57 ss., 2006b, 87 ss. y 129 ss.; 2007b, 83 ss.; 2010b, 351 ss.).

Los problemas actuales de la filosofía y la teoría del derecho, pienso que deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es

multidimensional, y asimismo lo son sus problemas éticos, jurídicos y políticos. Por eso, hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales. La tendencia hacia la *globalización* viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente de la reflexión jurídica. La “*globalización*” es el término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización.

He intentado, en distintas publicaciones, contextualizar el estudio de la filosofía y la teoría del derecho en el marco de un mundo globalizado, a partir del estímulo intelectual de las doctrinas de la experiencia jurídica. Tal propósito implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de los retos que la vida práctica del presente plantea a estas disciplinas. Se trata, a la postre, de asumir que la filosofía y la teoría del derecho son eslabones que postulan un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia. En definitiva, como alternativa a las tentativas teóricas aislacionistas y autoreferentes (autopoiéticas) del derecho, me parece más oportuno avanzar hacia marcos teóricos omnicomprensivos, como el que propugna la filosofía de la experiencia jurídica, postuladores de su carácter interdependiente y heteropoiético. Para ese propósito totalizador del derecho nada parece estático, nada se muestra aislado. Las teorías debieran ser el vértice que, con morfología de cúpula, fueran capaces de ofrecer una visión cabal de los múltiples aspectos conformadores de esa totalidad (2007b, 91 ss. antes 2006a, 243 ss.; 2010a, 37 ss.).

9. PLURALISMO TEMÁTICO Y UNIDAD DE PROPÓSITO

Un lúcido ensayo de crítica literaria, debido a José Ortega y Gasset, lleva por título, revelador e incitante: *Pío Baroja, anatomía de un alma dispersa*. Ortega reconocía la amplitud y variedad temática de la obra de Baroja. Pero, al mismo tiempo, denunciaba la falta de unidad interna de la inspiración y propósito de la exuberante producción narrativa barojiana. Al hacer inventario y balance, en las páginas que anteceden, de lo que ha sido mi labor investigadora a lo largo de mi trayectoria universitaria, me asedia la inquietud de hallarme incurso en un análogo vicio de dispersión.

En la serie de publicaciones que integran mi actividad investigadora, me he ocupado, simultánea o sucesivamente, de temas, en apariencia, tan dispares y heteróclitos, como los que hacen referencia a: el significado actual y la estructura temática de la filosofía y de la teoría del derecho; la revisión de las implicaciones jurídicas y políticas del iusnaturalismo; la delimitación conceptual, fundamentación y funciones de los derechos humanos y del Estado de derecho, así como el paradigma generacional de enfoque de esas categorías; el estudio de nociones básicas de la teoría del derecho como las que atañen al sistema de fuentes, la seguridad jurídica o los principios, la equidad o la función judicial; la reconstrucción historiográfica de determinadas escuelas y figuras relevantes que jalonan el devenir

de la cultura jurídica; el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho y la política de nuestro tiempo...

El repaso retrospectivo de esas investigaciones, y de la multiplicidad de argumentos en ellas abordadas, me cuestiona si en las mismas se ha operado un cambio sensible en las ideas sustentadas, al haber abordado temas tan heterogéneos que hacen inviable cualquier propósito sistematizador. Puede comprobarse, sin embargo, al considerar el conjunto de trabajos en que se ha concretado mi labor investigadora, que no me he alejado mucho de las posiciones de partida. He insistido desde las propias conclusiones de mi tesis boloñesa (1969, publicada en 1971, 166 ss.) en la necesidad de que la reflexión filosófica sobre el derecho se halle conscientemente comprometida con la garantía democrática de los valores de la paz, la igualdad, la tolerancia y la libertad. Entonces pensaba (y ahora también) que el iusnaturalismo ha sido y es un insoslayable cauce teórico para propiciar tal reflexión. Este planteamiento, para no ser confundido con una recaída en el orden de los principios metafísicos, ahistóricos, eternos e inmutables, obligaba a explicitar su sentido. Para ello, frente a cualquiera de sus versiones dogmáticas, he propugnado un iusnaturalismo radicalmente crítico, recuperando el legado de su mejor función histórica emancipatoria, es decir, su contribución al establecimiento de un límite crítico-racional al arbitrio de quien detenta el poder. Dicha opción consiguientemente exige emprender una tarea de sociología cultural tendente a denunciar la función ideológica de determinadas versiones de un sedicente iusnaturalismo, tras cuyas declaraciones retóricas en favor del derecho natural se ampara una actitud metódica exegético-positivista, que desemboca en el culto incondicionado de la legalidad.

De ahí que, pese a la aparente dispersión y heterogeneidad de los temas abordados en mis publicaciones, estimo que su motivación principal ha sido unívoca: contribuir, desde perspectivas históricas y sistemáticas, a la tarea de clarificación, elaboración y fundamentación de los valores y derechos que deben informar la experiencia jurídica y política.

10. BIBLIOGRAFÍA

- (1971): *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, con Prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (1976): *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (1982): "La filosofía e la teoria del diritto in Spagna", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3.
- (1987): "Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien", en *Rechtstheorie*, tomo, 18, fas. 3.
- (1989) *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M. Losano y M.F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1990): "Recht, Moral und Politik: Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Spanien während der Franco-Zeit", en el vol. col. *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, a cargo de E. Garzón Valdés, Duncker & Humblot, Berlin.

- (1993): *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla
- (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª ed. (1ª ed. 1991).
- (1995): *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2ª ed (existe trad. alem. a cargo de R. Zimmerling, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, sobre la 1ª ed. de 1992).
- (1996): *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona.
- (1998) *Saggi di informatica giuridica*, con prólogo de V. Frosini, Giuffrè, Milano.
- (2004): *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?*, Barcelona, Gedisa.
- (2006a) *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla, 9ª ed. (1ª ed. 1983. Existe una 10ª ed. publicada en Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008).
- (2006b): *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson & Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- (2007a) *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 9ª ed. (1ª ed. 1984).
- (2007b): *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Tevar, Madrid 5ª ed. (1ª ed. , Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2003).
- (2007c): *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson & Universidad Carlos III, Madrid, 2ª ed. (1ª ed. 2005).
- (2009): *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- (2010a): *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, (con la colaboración de: C. Alarcón, R. Gonzalez-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta), Tecnos, Madrid, 9ª ed. (1ª ed.1997).
- (2010b): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 10ª ed. (1ª ed. 1984).
- (2010c): *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá.